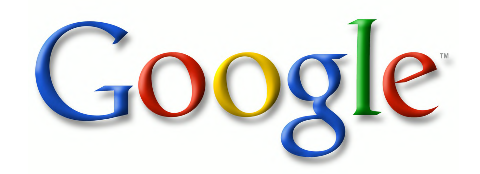
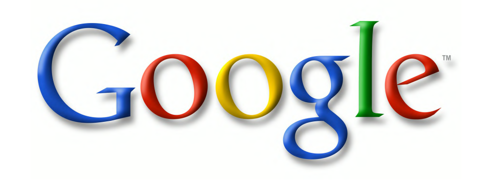





SIGILLUM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



754

345

Проф. В. А. Юшкевичъ.

Торговое Право.

Его понятіе, характеристика и отношеніе къ праву гражданскому.

Вступительная лекція, читанная въ Императорскомъ Томскомъ Университетѣ 16 октября 1901—1902 уч. года.

Томскъ,
типо-литографія М. Н. Кононова.
1902
PRINTED IN RUSSIA

Проф. В. А. Юшкевичъ.

Торговое Право.

Его понятіе, характеристика и отношеніе къ праву гражданскому.

Вступительная лекція, читанная въ Императорскомъ Томскомъ Университетѣ 16 октября 1901—1902 уч. года.

Томскъ,
типо-литографія М. Н. Кононова.
1902

Изъ Извѣстій Императорскаго Томскаго Университета.

М. Г.

На мою долю выпала высокая честь открывать курсъ торговаго права въ Императорскомъ Томскомъ Университетѣ.

Я счастливъ принять на себя преподаванiе торговаго права въ странѣ, впервые открытой для русской промышленности именитыми людьми, въ странѣ, въ которой до послѣдняго времени торговля была почти единственною культурною силою—гдѣ, наконецъ, торговлѣ предстоитъ еще столь широкое и благодарное поприще!

Хорошее торговое право, основательное знакомство съ торговымъ правомъ составляютъ немаловажное условiе преуспѣянiя торговли...

Тема, на которую я намѣренъ бесѣдовать сегодня, представляется сама собою. Это—вопросы: о торговомъ правѣ, его понятiи, характеристикѣ и объ отношенiи его къ праву гражданскому.

Вся совокупность объективныхъ юридическихъ нормъ, регулирующихъ нашу дѣятельность, группируется вокругъ трехъ основныхъ центровъ человѣческихъ интересовъ. Эти центры суть: индивидъ, т. е. отдѣльное лицо, союзъ государственный и союзъ международный. Сообразно съ этимъ, и торговое право можетъ быть международнымъ, государственнымъ и частнымъ.

Когда говорятъ о торговомъ правѣ, то обыкновенно разумѣютъ частное торговое право. Частное торговое право есть торговое право въ собственномъ смыслѣ. Оно то и составляетъ предметъ особой академической дисциплины, преподаваемой нынѣ въ университетахъ всѣхъ странъ.

Такъ что-же такое частное торговое право, въ чемъ заключаются его характерныя черты, въ какомъ отношеніи стоитъ оно къ общему частному (гражданскому) праву?

Дать понятію торговаго права точное опредѣленіе— нелегко. Общее затрудненіе, съ которымъ приходится бороться всякой юридической дефиниціи—измѣнчивость нормъ права во времени и пространствѣ, особенно обостряется по отношенію къ торговому праву. Вѣдь торговое право возникаетъ вмѣстѣ съ торговлей на сравнительно высокой степени культуры и не опирается, поэтому, на такую продолжительную историческую традицію, какъ, напримѣръ, право гражданское; съ другой стороны, проистекая, въ большей части своихъ положеній, не изъ сокровенной глубины нравственныхъ потребностей природы человѣка, а изъ потребностей торговли, торговое право находится подъ неотразимымъ вліяніемъ измѣнчивыхъ соображеній цѣлесообразности.

Однако, для того чтобы преодолѣть отмѣченное затрудненіе, а вмѣстѣ съ тѣмъ и пробить себѣ путь къ правильному пониманію торговаго права, посмотримъ, какъ возникло и измѣнялось современное понятіе торговаго права въ законодательствахъ [1]).

Въ средніе вѣка и въ до-революціонное время торговое право было особеннымъ правомъ торговаго сословія; при этомъ, купцомъ являлся не столько тотъ, кто дѣйствительно отдавался торговой профессіи, сколько

тотъ, кто принадлежалъ къ замкнутой купеческой корпораціи. Съ точки зрѣнія разсматриваемой эпохи торговое право опредѣляется легко: понятіе торговаго права является чисто *субъективнымъ*, безошибочный критерій его заключается въ принадлежности къ купеческому сословію.

Въ своемъ стремленіи создать равенство всѣхъ передъ закономъ, уничтожить всѣ сословныя преграды, сдѣлать всѣ профессіи свободными, французская революція нанесла смертельный ударъ прежнему понятію о торговомъ правѣ. Наполеоновское цивильное законодательство, а именно, знаменитый Code de Commerce 1807 года, выдвинуло новое воззрѣніе на торговое право, которое, въ противоположность прежнему, слѣдуетъ назвать *объективнымъ*.

Воззрѣніе это, къ которому, въ основныхъ чертахъ, примкнуло Германское торговое уложеніе 1861 года, Италіанское 1882 года и друг., стремится обособить понятія: „торговое дѣйствіе“, „торговая сдѣлка“, „торговое право“, отъ понятія „купецъ“ и поставить первыя на собственныя основанія [2]).

Такимъ образомъ создается объективная сфера торговыхъ отношеній, почти совершенно оторванная отъ ея живого носителя—купца. Эта система объективнаго построенія торговаго права характеризуется тѣмъ, что законъ устанавливаетъ, перечисляетъ дѣйствія, которыя онъ почитаетъ торговыми, и всякій совершающій ихъ, будь то купецъ или некупецъ, подчиняется установленнымъ для нихъ торговымъ нормамъ [3]); купцомъ, при этой системѣ, является тотъ, кто профессіонально совершаетъ торговыя дѣйствія (сдѣлки). *Торговое право становится правомъ торговыхъ отношеній.*

Изъ прежняго *privilegium personae* оно превращается въ *privilegium causae!*

Таково объективное понятіе о торговомъ правѣ, въ его чистомъ видѣ.

Но исчерпать всѣ торговыя дѣйствія нельзя, актовъ съ ясно выраженнымъ торговымъ типомъ немного, установить специфическіе объективные признаки торговыхъ дѣйствій трудно; цѣлый рядъ дѣйствій, не имѣющихъ рѣзко-выраженнаго торговаго характера, совершаемыхъ купцами, обнаруживаетъ, по внутренней природѣ своей, одинаковое тяготѣніе къ нормамъ, установленнымъ для объективно-торговыхъ дѣйствій. И вотъ, французскій кодексъ, а за нимъ и другія, послѣдовавшія французскому шаблону, законодательства не выдерживаютъ объективнаго понятія о торговомъ правѣ, въ его чистомъ видѣ, и вносятъ въ задачи опредѣленія торговаго права моментъ субъективный, моментъ торговой профессіи. Такъ, напримѣръ, французское право, кромѣ объективныхъ торговыхъ дѣйствій, причисляетъ къ торговымъ еще и всѣ сдѣлки, заключаемыя купцомъ для своей профессіи; это, такъ называемыя, сдѣлки *по приращенію*. То-же германское уложеніе, знакомое, кромѣ того, еще съ особой категоріей торговыхъ сдѣлокъ, которыя, не будучи торговыми сами по себѣ, становятся однако таковыми, когда онѣ совершены купцомъ (субъективно-торговыя сдѣлки). Но такъ какъ отличить сдѣлки, заключаемыя купцомъ для своей профессіи, отъ сдѣлокъ, совершаемыхъ имъ въ качествѣ частнаго лица, не всегда легко, то, въ концѣ концовъ, французское и германское право приходятъ къ предположенію, что всякая сдѣлка купца почитается торговою, доколѣ не будетъ доказано противное.

Такимъ образомъ, Code de Commerce и послѣдовавшія ему законодательства, исходя изъ объективнаго представленія о торговомъ правѣ, изъ разъединенія

купца и торговой сдѣлки, приходятъ къ болѣе или менѣе субъективному его пониманію, къ установленію тѣсной связи между купцомъ и торговыми дѣйствіями.

Во всемъ этомъ заключается явная непослѣдовательность. Быть можетъ, объективное понятіе торговаго права представляетъ вѣрную формулу для выраженія идеи торговой свободы, но для практическихъ цѣлей спеціальной юридической нормировки торговыхъ отношеній это понятіе, очевидно, недостаточно. Устанавливая его, разсматриваемыя законодательства, несомнѣнно, заходятъ черезъ-чуръ далеко, гораздо дальше, чѣмъ этого требуетъ ихъ прямая цѣль—установленіе торговой свободы.

Въ самомъ дѣлѣ, „купецъ", „торговое дѣйствіе", „торговая сдѣлка"—суть понятія столь тѣсно связанныя, что ихъ разъединять нельзя; съ другой стороны, и подчиненіе некупцовъ, совершающихъ объективно-торговыя дѣйствія, торговому праву несправедливо; ибо, какъ мы увидимъ ниже, преобладающее большинство особенностей торговаго права коренится именно въ субъективныхъ условіяхъ купеческой дѣятельности, въ моментѣ торговой профессіи.

Значительный шагъ впередъ въ дѣлѣ установленія истинныхъ границъ торговаго права, по нашему мнѣнію, сдѣланъ новымъ германскимъ торговымъ уложеніемъ 1897 года.

Сохранивъ по традиціи объективныя торговыя дѣйствія, это уложеніе основываетъ, однако, понятія о купцѣ, о торговой дѣятельности не на однихъ только этихъ дѣйствіяхъ, но причисляетъ сюда же и промышленныя предпріятія, которыя „по роду своему и объему" требуютъ оборота, имѣющаго торговый характеръ, поскольку фирма предпринимателя занесена въ торговый реестръ (§ 2, назв. улож.).

Такимъ образомъ, понятіе торговыхъ дѣйствій, подлежащихъ сужденію по торговому праву, получаетъ весьма цѣлесообразное расширеніе, почерпаемое изъ существа торговой дѣятельности; съ другой же стороны, новое германское торговое уложеніе положительно отказывается отъ понятія объективныхъ торговыхъ сдѣлокъ, обсуждаемыхъ по торговому праву независимо отъ того, совершаетъ ли ихъ купецъ, или некупецъ, и считаетъ сдѣлки торговыми лишь постольку, *поскольку онѣ предпринимаются купцомъ въ области торговой профессіи.*

Торговое право становится *privilegium personae* и *causae!*[4])

Въ новомъ германскомъ торговомъ уложеніи, значитъ, замѣтно возвращеніе къ субъективной исходной точкѣ торговаго права, а именно, къ понятію о купцѣ, но, въ отличіе отъ средневѣкового пониманія торговаго права, купцомъ здѣсь является не членъ замкнутой торговой корпораціи, а всякій представитель торговой профессіи[5]); торговому праву подчиняется не купецъ, какъ таковой, а лишь купецъ въ сферѣ торговли [6]).

Бросая общій взглядъ на представленную картину развитія понятія торговаго права въ новѣйшемъ законодательствѣ и оцѣнивая внутреннее достоинство отдѣльныхъ фазисовъ этого развитія, мы должны опредѣлить торговое право, *какъ совокупность частно-правовыхъ нормъ, разграничивающихъ интересы представителей торговли въ сферѣ торговыхъ отношеній.*

Это опредѣленіе заключаетъ въ себѣ два основныхъ момента.

Во-первыхъ. Только купецъ является носителемъ торговаго права, ибо только его профессіональная дѣятель-

ность создаетъ тѣ особыя условія, для которыхъ устанавливается торговое право. Наоборотъ, примѣненіе торговыхъ нормъ къ некупцамъ, которое мы видимъ при строго-объективномъ пониманіи торговаго права, представляло-бы несправедливость.

Во-вторыхъ. Не всякая сдѣлка купца заслуживаетъ обсужденія по торговому праву. Занимаясь торговлей, принимая особое торговое имя, обособляя часть своего имущества для цѣлей торговли, купецъ не перестаетъ быть гражданиномъ. Подобно двуликому Янусу, онъ обращается одною стороною къ торговлѣ, другою къ общей гражданской жизни. Эта послѣдняя, опять-таки, не заключаетъ въ себѣ условій, которыя-бы оправдывали примѣненіе къ ней особыхъ нормъ торговаго права. Поэтому, торговое право находитъ другое ограниченіе свое въ моментѣ торговли, торговой дѣятельности.

Такъ, по нашему мнѣнію, теорія должна опредѣлять торговое право.

Вопросы о томъ, какими отличительными признаками законодатель отмѣтитъ купца въ юридическомъ смыслѣ, какой критерій установитъ для торговли, дастъ-ли онъ юридическому понятію о ней большее или меньшее расширеніе, распространитъ-ли онъ, въ соображеніяхъ цѣлесообразности, дѣйствіе нормъ торговаго права и на некупцовъ, вступающихъ въ сдѣлки съ купцами.—Все это суть весьма важныя и трудныя задачи законодательства, законодательной техники, науки и практики; но то или иное рѣшеніе ихъ ни въ чемъ не затрагиваетъ принципіальнаго пониманія торговаго права.

Представленное нами опредѣленіе торговаго права особенно интересно для насъ, русскихъ юристовъ, такъ какъ по нашимъ торговымъ законамъ тома XI-го части

2-ой тоже не существуетъ объективно-торговыхъ дѣйствій, а всѣ сдѣлки являются торговыми лишь поскольку онѣ совершаются купцами въ области торговыхъ оборотовъ [7]).

Что же побуждаетъ законодателя признавать отдѣльное торговое право, создавать обособленные торговые кодексы? Въ чемъ заключаются особенности торговаго права?

Я не могу, конечно, ставить себѣ цѣлью предпринять въ этой лекціи исчерпывающую характеристику торговаго права. Я надѣюсь, Милостивые Государи, что Вы лучше всего почерпнете таковую изъ предстоящаго намъ курса; здѣсь же я ограничусь лишь разсмотрѣніемъ важнѣйшихъ, наиболѣе выпуклыхъ, чертъ нашего предмета.

Раньше всего, въ торговомъ быту существуетъ рядъ установленій, совершенно немыслимыхъ въ общей гражданской жизни, таковы: биржи, банки, товарные склады. Юридическія нормы, обусловливаемыя этими установленіями, относятся къ торговому праву.

Но и кромѣ того, въ области гораздо болѣе близкой гражданскому обороту, а именно, въ области торговыхъ сдѣлокъ, торговое право показываетъ особенности, которыя объясняются только спеціальными интересами торговой профессіональной дѣятельности.

Преслѣдуя цѣли спекуляціи, наживы, торговля знакома только съ возмездными сдѣлками. Каритативныхъ сдѣлокъ: donatio, commodatum, depositum, mandatum, торговое право не знаетъ. Подобно этому, не существуетъ между купцами и безмезднаго займа; купецъ

не можетъ отдавать денегъ въ долгъ изъ любезности; онѣ у него не лежатъ, а растутъ въ оборотахъ. Поэтому, напр., кодексы (Герм. §§ 353, 354; Итал. 41; Русск. проектъ гр. ул. объ обязат. 357, абз. 2) постановляютъ, что купцы между собою, по взаимнымъ требованіямъ, могутъ взимать проценты и безъ особаго о томъ соглашенія. Равномѣрно, недоговорное веденіе дѣлъ однимъ купцомъ за другого въ сферѣ своего торговаго промысла предполагается возмезднымъ (Герм. § 354).

Торговля построена на кредитѣ, на своевременности и точности платежей. Вслѣдствіе этого торговое право стремится къ легкой обращаемости и реализуемости обязательствъ и цѣнностей, а также и къ строгой и быстрой осуществимости долговыхъ требованій; отсюда рядъ особенностей при передачѣ обязательствъ, возникающихъ въ торговлѣ: передача бумагъ на предъявителя какъ вещей, упрощенная передача обязательствъ, путемъ, такъ называемаго, индосамента (напр., при векселяхъ); отсюда преобладаніе въ торговомъ правѣ абстрактныхъ сдѣлокъ, т. е., такихъ сдѣлокъ, которыя имѣютъ силу сами по себѣ, независимо отъ своего матеріальнаго экономическаго основанія (такова, напримѣръ, была римская стипуляція, такимъ является современный вексель); отсюда, наконецъ, упрощенная форма передачи владѣнія вещами, существующая въ торговомъ правѣ, которая состоитъ въ передачѣ представляющихъ вещи документовъ (напримѣръ, коносамента, HGB. § 450 [8]).

Широкій кругъ лицъ, съ которыми купецъ приходитъ въ соприкосновеніе, благодаря своей торговой дѣятельности, обусловливаетъ другія особенности торговаго права, которыя именно имѣютъ въ виду охрану интересовъ третьихъ лицъ. Такъ, напримѣръ, мы встрѣчаемся въ торговомъ правѣ съ постановленіемъ, что

собственникъ ограниченъ въ правѣ отыскивать утраченную имъ или похищенную у него вещь отъ третьихъ лицъ, какъ только эти лица пріобрѣли подобную вещь на ярмаркѣ или въ магазинѣ у купца, производящаго торговлю этого рода вещами [9]). Равномѣрно, собственникъ не имѣетъ права отыскивать изъ рукъ третьихъ добросовѣстныхъ владѣльцевъ утраченную имъ или похищенную у него бумагу на предъявителя [10]) и т. д.

Купецъ совершаетъ сдѣлки изо дня въ день; его жизнь протекаетъ, такъ сказать, въ заключеніи сдѣлокъ; онъ по необходимости дѣловой человѣкъ. Поэтому законодатель въ правѣ ожидать и требовать отъ купца большей степени рачительности въ юридическихъ отношеніяхъ, чѣмъ отъ обыкновенныхъ гражданъ. И вотъ мы видимъ, что въ то время какъ гражданское право ограничивается мѣркой порядочнаго домохозяина (bonus paterfamilias), торговые кодексы требуютъ рачительности порядочнаго купца (bonus mercator, срвн. Герм. § 347). На этой сравнительно большей степени дѣловой порядочности, которой долженъ удовлетворять купецъ, основывается не одна особенность торговаго права.

Та-же самая дѣловая опытность купца составляетъ причину, почему въ торговомъ правѣ не примѣняются стѣснительныя и тяжеловѣсныя формы гражданскихъ сдѣлокъ. Форма въ гражданскомъ правѣ должна, главнымъ образомъ, охранить людей неопытныхъ отъ заключенія легкомысленныхъ сдѣлокъ. Купцы, эти гиганты дѣловой жизни, въ подобной опекѣ не нуждаются; къ тому-же она бы помѣшала и желательной быстротѣ ихъ оборотовъ.

Постоянная повторность торговыхъ сдѣлокъ, въ купеческой профессіи, оказываетъ иногда вліяніе и на

самое содержаніе опредѣляющихъ ихъ нормъ. Нѣкоторыя побочныя соглашенія, маловажныя или безразличныя при единичной гражданской сдѣлкѣ, получаютъ большое экономическое значеніе въ торговлѣ и нуждаются въ особой регламентаціи. Таковы, напримѣръ, постановленія торговыхъ кодексовъ о томъ, что при разсчетѣ покупной цѣны по вѣсу проданнаго товара упаковка въ счетъ не идетъ (Германск. § 380, срвн. Русск. проектъ, 189).

Дѣловая зрѣлость купца и потребности торговаго кредита не позволяютъ торговцу прибѣгать къ тѣмъ средствамъ защиты противъ эксплоатаціи, которыя установлены для общаго гражданскаго оборота. Сюда относятся, напримѣръ, встрѣчающіяся изстари въ законодательствахъ видоизмѣненія процентнаго maximum'a и нѣкоторыхъ другихъ ограниченій процентовъ для купцовъ [11]). Далѣе, въ торговомъ оборотѣ безусловно исключаются такія средства, какъ lex Anasthasiana, laesio enormis [12]).

Капиталистическій и промышленный характеръ торговли обусловливаетъ возможность примѣненія къ ней правилъ, которыя не выдерживаютъ практической пробы въ мелкомъ и случайномъ гражданскомъ оборотѣ. Сюда относится постановленіе торговыхъ кодексовъ о томъ, что купецъ, не принимающій товара, присланнаго ему другимъ купцомъ, обязанъ его хранить впредь до распоряженій продавца, а если товаръ подверженъ скорой порчѣ, то покупатель можетъ продать его по рыночной цѣнѣ или просить судъ о разрѣшеніи продажи съ публичнаго торга (Герм. §§ 373, 379).

Быстрота составляетъ одно изъ немаловажныхъ условій успѣха торговыхъ оборотовъ. Отсюда законъ требуетъ отъ купцовъ въ торговыхъ дѣлахъ непромедли-

тельной дѣятельности. Такъ, напр., § 362 Германскаго торговаго уложенія постановляетъ: „если купецъ, промыселъ котораго заключается въ совершеніи сдѣлокъ за другого, получитъ предложеніе предпринять подобную сдѣлку отъ лица, съ которымъ онъ стоитъ въ дѣловыхъ отношеніяхъ, то онъ немедленно долженъ дать отвѣтъ. Молчаніе его истолковывается какъ принятіе предложенія". Или другое подобное постановленіе: „Купецъ долженъ немедленно, насколько это возможно при порядочномъ веденіи дѣла, осмотрѣть доставленные ему продавцомъ товары, и если окажется недостатокъ, немедленно же заявить о томъ продавцу" (тамъ же, § 377).

Интенсивность торговаго оборота накладываетъ особенный отпечатокъ на характеръ источниковъ торговаго права. Среди этихъ послѣднихъ особенное значеніе получаетъ обычай. Никакой законъ не можетъ услѣдить за прогрессирующимъ ходомъ торговой жизни, за всѣми формами, въ которыя укладывается дѣловой оборотъ; поэтому раціональное торговое законодательство должно отвести обычаю широкую область примѣненія. Это тѣмъ болѣе естественно, что торговый обычай совмѣщаетъ въ себѣ такія качества, которыя несвойственны обычаю вообще: торговый обычай образуется въ средѣ просвѣщенныхъ спеціалистовъ; при многократной повторяемости торговыхъ сдѣлокъ онъ легко и удобно констатируется. Все это дѣлаетъ изъ торговаго обычая весьма цѣнный источникъ юридическихъ нормъ, и справедливыя возраженія, возбуждаемыя противъ пригодности обычая, какъ источника права вообще, по отношенію къ торговому обычаю отпадаютъ [13]).

Наконецъ, космополитическій характеръ торговли сообщается и торговому праву. Торговое право есть по преимуществу общечеловѣческое право; это—настоящее

современное ius gentium, которое при теперешнемъ господствѣ національныхъ идей составляетъ одну изъ немногихъ областей, замкнутыхъ для національной обособленности и исключительности. И если когда-нибудь послѣдуетъ объединеніе частнаго права цивилизованныхъ народовъ, то оно, несомнѣнно, начнется съ права торговаго.

Оглядываясь на все вышеизложенное о характерныхъ особенностяхъ торговаго права, мы должны будемъ признать, что торговое право есть ius strictum, т. е. *строгое право, въ которомъ формальная правда преобладаетъ надъ матеріальной, что оно есть право возмезднаго, спекулятивнаго оборота, что оно есть право, предполагающее субъектовъ, стоящихъ на стражѣ своихъ интересовъ, и, наконецъ, что оно есть право подвижное и космополитическое.*

Всѣ эти черты, достаточно противополагающія торговое право гражданскому, взятыя вмѣстѣ, даютъ понятіе объ особомъ духѣ торговаго права.

Этотъ духъ торговаго права, въ свою очередь, является источникомъ безчисленнаго множества положеній, когда, за отсутствіемъ торговой нормы, приходится разрѣшать тѣ или иные случаи по аналогіи.

Казалось бы все сказанное вполнѣ оправдываетъ признаніе торговаго права за самостоятельную отрасль частнаго права въ широкомъ смыслѣ и выдѣленіе его въ особые торговые кодексы...

Однако, въ новѣйшее время, въ доктринѣ и законодательствѣ сказывается сильное теченіе, отрицающее за торговымъ правомъ самостоятельное существованіе; въ торговомъ правѣ начинаютъ видѣть лишь часть права гражданскаго, большую или меньшую совокупность „разрозненныхъ исключеній“ изъ послѣдняго. Вмѣстѣ съ

этимъ предлагаютъ покончить съ „дуализмомъ“ частноправовыхъ системъ, по возможности объеденить право торговое съ правомъ гражданскимъ, превративъ значительную часть нормъ торговаго права въ общегражданскія. Сообразно съ этимъ, не должно уже болѣе существовать и отдѣльныхъ торговыхъ кодексовъ, немногія особенности торговаго права могутъ быть включены въ гражданское уложеніе.

Воззрѣніе это, развившееся, главнымъ образомъ, за послѣдніе двадцать пять лѣтъ, имѣетъ цѣлый рядъ защитниковъ въ литературѣ [14]) и получило уже свое осуществленіе въ нѣкоторыхъ новыхъ кодификаціяхъ, напримѣръ, въ Нижнеканадскомъ уложеніи 1866 года, въ Калифорнскомъ уложеніи 1873 года и въ Швейцарскомъ обязательственномъ правѣ 1881 года [15]).

Основной аргументъ противниковъ идеи самостоятельнаго, обособленнаго торговаго права состоитъ въ томъ, что нѣтъ де ясныхъ критеріевъ, которые бы отдѣляли торговое право отъ гражданскаго. Въ исторіи мы видимъ, что области торговаго и гражданскаго права сливаются, что институты, признававшіеся поначалу торговыми, становятся постепенно достояніемъ общаго гражданскаго права. Если, слѣдовательно, судить о томъ, что будетъ, по тому, что было, то торговое право должно будетъ поглотить когда-нибудь право гражданское. Не охватываетъ-ли уже и теперь духъ торговли весь гражданскій оборотъ? Не пора-ли, наконецъ, разстаться съ вѣрою въ принципіальныя особенности торговаго права? Да и съ точки зрѣнія догматической, нельзя де указать на какую-нибудь опредѣлительную, внутреннюю черту различія между гражданскимъ и торговымъ правомъ [16]); установленіе границъ торговаго права въ кодексахъ произвольно и показываетъ колебанія.

Торговое право въ рядѣ вопросовъ не исходитъ изъ какихъ-либо особенныхъ принциповъ, но руководствуется началами гражданскаго права [17]).

Къ этимъ отвлеченнымъ соображеніямъ прибавляютъ еще возраженія практическаго свойства. Признаніе самостоятельнаго торговаго права и, являющееся слѣдствіемъ его, раздвоеніе частнаго права лишаетъ послѣднее надлежащей наглядности и вызываетъ противорѣчія и повторенія въ параллельныхъ кодексахъ, и торговое и гражданское право становятся запутанными, неясными и крайне затрудняютъ судью въ дѣлѣ ихъ практическаго примѣненія [18]).

Правда, во многихъ странахъ признается самостоятельное торговое право, существуютъ отдѣльные торговые кодексы, но это де болѣе объясняется полусознательной исторической традиціей или какими-нибудь посторонними, временными соображеніями [19]), чѣмъ истинною потребностью въ торговыхъ кодификаціяхъ.

Вся эта аргументація не представляется намъ убѣдительною.

Торговое право, какъ самостоятельная отрасль права, всегда было, есть и будетъ. Оно представляетъ не часть гражданскаго права, а, въ существенномъ своемъ составѣ,—параллель его. Торговое право является не большею или меньшею совокупностью исключеній изъ права гражданскаго, а цѣлою областью особыхъ юридическихъ нормъ, вытекающихъ изъ особыхъ потребностей и условій торговли. Поэтому, торговому праву, намъ думается, всегда будетъ принадлежать мѣсто и въ особомъ торговомъ кодексѣ.

Въ пользу вышесказаннаго утвержденія мы приводимъ слѣдующія соображенія:

Во-первыхъ. Полное сліяніе торговаго права съ гражданскимъ невозможно. Сами поборники идеи единства въ гражданскомъ правѣ признаютъ это и допускаютъ необходимость ряда особыхъ нормъ для „торговли", для торговой дѣятельности [20]). А если такъ, то все дѣло сліянія торговаго и гражданскаго права, поскольку оно предпринимается ради наглядности единой и нераздѣльной системы частнаго права, не достигаетъ цѣли: въ кодексѣ остаются: „торговля", „купецъ;" наконецъ, остается „торговое право" и вся трудность его опредѣленія, ради которой то, главнымъ образомъ, и стремятся къ объединенію частно-правовыхъ системъ [21]). И не слѣдуетъ питать иллюзій, чтобы эта неизбѣжная, такимъ образомъ, доля двойственности въ частномъ правѣ когда-либо изгладилась: пока дѣйствуетъ законъ раздѣленія труда, торговля, какъ особая профессія, всегда будетъ обособляться отъ общаго гражданскаго быта и вызывать тѣ особыя условія, которыя требуютъ специальной ея нормировки помощью торговаго права.

Во-вторыхъ. Нѣтъ спора, можно указать рядъ нормъ, которыя изъ спеціально-торговыхъ, съ теченіемъ времени, превратились въ обще-гражданскія. Таковы, напримѣръ, правила о договорахъ между отсутствующими, о векселяхъ, правоспособность женщинъ вступать въ поручительства; сюда же относится, напримѣръ, распространеніе конкурснаго производства и на некупцовъ... Но этого явленія не слѣдуетъ черезъ-чуръ обобщать и нельзя увлекаться имъ, ибо нѣкоторые изъ приведенныхъ институтовъ никогда, собственно, не имѣли специфически торговаго характера, (напр., правила о договорахъ между отсутствующими, способность женщинъ ручаться [22]); относительно-же другихъ, по всей справедливости, могутъ быть возбуждены сомнѣнія въ цѣлесо-

образности распространенія ихъ на весь гражданскій оборотъ. Такъ, напримѣръ, вексель, сдѣлавшійся въ наше время достояніемъ всѣхъ гражданъ; будучи въ торговомъ быту учрежденіемъ весьма цѣннымъ и полезнымъ, онъ становится въ жизни гражданской опаснѣйшимъ орудіемъ потребительнаго кредита, прибѣжищемъ ростовщиковъ, легкомысленныхъ должниковъ и средствомъ эксплоатаціи темнаго люда [23]).

Кромѣ того, не будемъ забывать, что если часть нормъ торговаго права постепенно поглощается гражданскимъ, то, съ другой стороны, въ торговомъ быту постоянно нарождаются новые специфическіе институты, и, такимъ образомъ, пространство, раздѣляющее торговое право отъ гражданскаго, остается болѣе или менѣе постояннымъ.

Въ концѣ концовъ, думается, что трудность провести ясную грань различія между двумя областями права еще не служитъ основаніемъ для отрицанія самаго различія этихъ областей. Вѣдь совершенно та-же трудность существуетъ въ отношеніи разграниченія частнаго и публичнаго права и, между тѣмъ, никто не отрицаетъ ихъ противоположности [24]).

Въ-третьихъ. Стремясь во имя внѣшней гармоніи и единства въ кодификаціи къ объединенію частнаго права, законодатель неизбѣжно навяжетъ народу часть нормъ, совершенно чуждыхъ гражданскому обороту, и внесетъ долю торговаго духа въ гражданскій кодексъ. Это создастъ право, которое можетъ оказаться не по плечу хозяйственной зрѣлости массы населенія. И можно прямо утверждать, что чѣмъ моложе общій культурный складъ страны, чѣмъ шире, слѣдовательно, пропасть раздѣляющая торговый оборотъ отъ обще-гражданскаго, тѣмъ подобное сліяніе гражданскаго и торговаго права опаснѣе.

Въ-четвертыхъ, наконецъ, объединеніе гражданскаго права неминуемо нанесетъ рѣшительный ударъ и естественному развитію торговаго права. Особыя тенденціи обширнаго матеріала гражданскаго права будутъ давить на право торговое, и бодрый духъ послѣдняго лишится своей производительной силы.

Въ заключеніе, нѣсколько словъ о взглядѣ на отношеніе права торговаго къ гражданскому, усвоенномъ составителями нашего проекта V-й книги гражданскаго уложенія объ обязательствахъ.

На основаніи вышесказаннаго можно было-бы думать, что наши кодификаторы, составляя уложеніе для народа по преимуществу земледѣльческаго, для народа, промышленный бытъ котораго далекъ еще отъ предѣловъ наивысшаго развитія, позаботится о строгомъ и ясномъ разграниченіи областей торговаго и гражданскаго права;—можно было-бы думать, что нашъ проектъ отведетъ широкую область особому торговому праву и выльется въ форму двухъ самостоятельныхъ кодексовъ: гражданскаго и торговаго.

Ничуть не бывало! Редакторы проекта V-й книги гражданскаго уложенія объ обязательствахъ повторяютъ доводы западно-европейскихъ юристовъ противъ самостоятельнаго значенія торговаго права: они ссылаются на примѣры Швейцарскаго, Нижнеканадскаго и Калифорнскаго уложеній и переносятъ нормы изъ западныхъ торговыхъ кодексовъ (напримѣръ—Германскаго) въ проектъ общаго гражданскаго закона для Россіи. Такимъ

образомъ, въ нашъ будущій законъ воспринимаются идеи сомнительнаго практическаго достоинства сами по себѣ, во всякомъ же случаѣ идеи, возникшія въ совершенно другихъ культурныхъ условіяхъ. По мановенію пера законодателя широкія массы русскаго населенія пріобрѣтаютъ меркантильную дѣловитость Швейцарцевъ. Практическіе результаты получаются, конечно, нецѣлесообразные!

Такъ, § 377 Германскаго торговаго уложенія содержитъ правило:

> При куплѣ, между купцами, покупатель немедленно долженъ изслѣдовать доставленные ему товары и немедленно-же заявить о найденныхъ недостаткахъ продавцу; въ противномъ случаѣ товаръ считается принятымъ.

Это положеніе буквально воспроизводится статьею 211-ю нашего проекта, но уже не въ видѣ спеціальной торговой нормы, а въ формѣ общаго гражданскаго закона. Выходитъ, что, если кто-нибудь изъ насъ, отлучившись на 2—3 недѣли изъ дому, получитъ въ отсутствіи своемъ товары, которые осмотритъ лишь по возвращеніи, то онъ уже не можетъ опорочить ихъ, хотя бы и доказалъ явные въ нихъ недостатки. Точно профессоръ, адвокатъ, врачъ и т. д. то и дѣло, что принимаютъ товары, а потому всегда могутъ и должны немедленно осматривать получаемые товары или содержать для этого особыхъ уполномоченныхъ.

Реципировавъ приведенное постановленіе въ число общихъ законовъ, тогда какъ въ Германіи оно дѣйствуетъ для купцовъ, редакторы проекта какъ-бы допускаютъ, что „меркантильный духъ“ охватываетъ Россію въ большей степени, чѣмъ Германію.

Другой примѣръ:

§ 380 Герм. торг. улож. буквально перенесенъ въ проектъ (ст. 189) нашего будущаго общаго закона объ обязательствахъ. Онъ гласитъ:

> При разсчетѣ покупной цѣны по вѣсу проданнаго товара упаковка не идетъ въ счетъ, развѣ-бы по договору или обычаю было принято иное.

Получается, что если кто-нибудь покупаетъ у сосѣда, крестьянина нѣсколько мѣшковъ картофеля или овса, съ разсчетомъ покупной цѣны по пудамъ, то онъ имѣетъ право учесть вѣсъ мѣшковъ, такъ какъ по закону „тара въ счетъ не идетъ“, а на особый обычай тутъ, какъ и въ большинствѣ случаевъ подобной мелкой гражданской купли, сослаться нельзя. Всякій крестьянинъ широко раскроетъ глаза при такой претензіи.

Такихъ примѣровъ юридической нормировки отношеній, несоотвѣтствующей ихъ бытовымъ условіямъ можно привести изъ проекта не одинъ, а это произошло именно отъ того, что проектъ игнорируетъ противоположность между гражданскимъ и торговымъ правомъ и тѣсную зависимость степени этой противоположности отъ общаго культурнаго склада страны.

Нѣтъ, Россіи нужно не „объединеніе частно-правовыхъ системъ“, а хорошій торговый кодексъ.

Швейцарія и Америка намъ не примѣры; тѣмъ болѣе, что, независимо отъ разницы культурныхъ условій этихъ странъ и Россіи, самый сдѣланный ими опытъ объединенія частнаго права еще черезъ-чуръ свѣжъ для того, чтобы можно было, основываясь на немъ, вводить рискованныя новшества[25]).

Наоборотъ, изданіе, удовлетворяющаго требованіямъ современной науки, торговаго кодекса поведетъ у насъ къ упорядоченію и упроченію торговыхъ отношеній, а вмѣстѣ съ тѣмъ, и къ развитію торговли.

Ссылки и примѣчанія.

Объясненіе сокращеній:

HGB.=Германское торговое уложеніе 1897 года. Гдѣ не сдѣлано особой прибавки—подразумѣвается торговое уложеніе 1897 года.

BGB.=Германское гражданское уложеніе.

---

1) Къ вопросу объ обособленіи торговаго права см. монографію Удинцева: «Исторія обособленія торговаго права».

2) «So steht das Handelsgeschäft von seinen Kaufmännischen Erzeugern losgelöst, auf sich, auf seinen inneren Kriterien (Goldschmidt, Handbuch—изд. 1868 г., I 1, § 42, стр. 314)».

3) См. Lyon—Caen, Manuel (Paris. 1901), pg. 17. 18; Goldschmidt, Handbuch I1, § 42, стр. 314; Удинцевъ, цит., стр. 66.

4) Gareis, Das deutsche Handelsrecht (изд. 1899), § 1: «Das Handelsrecht ist das Sonderrecht des Handelsstandes».... § 2, cit., «nur im Handelsgewerbe und, der heutigen Auffassung nach, nur für dieses hat sich ein besonderes Handelsrecht als Theil des bürgerlichen Rechts entwickelt und bewährt».... См. тамъ-же, § 6.

5) Сравн. Удинцевъ, цит., стр. 121. Иначе, однако, Шершеневичъ, Курсъ, (изд. 1899 г.), стр. 118.

6) См. ссылку 4-ю.

7) Цитовичъ, Учебникъ торговаго права, вып. 1-й (изд. 1891 г.), стр. 45.

8) Goldschmidt, Handbuch I2, стр. 661. 700. Gareis, cit., стр. 504.

9) HGB. § 366, срвн. Art. 306 Герм. торг. уложенія 1861 года; см. Gareis, cit., § 44, стр. 511; Русск. пр. гр. ул. объ обязат., ст. 228.

10) Такъ Герм. торг. улож. 1861 года, Art. 307; теперь см. BGB, 935; срвн. Gareis, тамъ-же; Русск. проектъ, тамъ-же.

11) Такъ уже въ римскомъ правѣ: l. 26 § 1 C. IV. 32; нынѣ см. Герм. торг. ул. § 352.

12) Впрочемъ новое Герм. гражд. уложеніе отказалось отъ этихъ средствъ, такъ что, теперь, недопущеніе ихъ, въ Германіи, не

составляетъ уже особенности торговаго права; но это было такъ по Art. 286. 299. торг. улож. 1861 года. Замѣтимъ кстати, что сдѣланное здѣсь германскимъ законодателемъ „сближеніе“ права торговаго и гражданскаго едва-ли заслуживаетъ подражанія: общій гражданскій оборотъ, оборотъ, въ которомъ дѣйствуютъ не дѣльцы, а подчасъ довольно безпомощные люди, нуждается въ защитѣ противъ эксплоатаціи. Этой цѣли хорошо служатъ lex Anastasiana и право оспаривать куплю вслѣдствіе чрезмѣрной убыточности ея для продавца. Прекрасную защиту этого послѣдняго института de lege ferenda находимъ въ протоколахъ французскаго Conseil d'État при обсужденіи Наполеонова кодекса—Motifs, II pg. 574 (изд. 1855 у Firmin Didot), и защита эта принадлежитъ никому другому, какъ Наполеону I-му.

13) О торговомъ обычаѣ см. у Goldschmidt, cit., I_1, § 35.

14) Да, въ настоящее время, въ литературѣ торговаго права наблюдается два лагеря, изъ которыхъ одинъ именно ратуетъ за сліяніе гражданскаго и торговаго права, а другой отстаиваетъ самостоятельное значеніе торговаго права. На той и на другой сторонѣ мы встрѣчаемъ авторитетнѣйшія имена. За *объединеніе* гражданскаго и торговаго права высказываются («фузіонисты»): Endemann, Dernburg, Molengraaff Vivante (ссылки у Georg Cohn, въ «Drei wissenschaftliche Vorträge: «Warum hat und braucht der Handel ein besonderes Recht», стр. 67), далѣе, Brasilio Machado (въ брошюрѣ: Da unificaçâo do direito privado), а изъ русскихъ: Малышевъ, Пахманъ, Побѣдоносцевъ, Гелбке, Шершеневичъ (см. Удинцевъ, Исторія обособленія, стр. 112, 113), самъ Удинцевъ (стр. 214–216, цит.); срвн. онъ-же въ брошюрѣ: «Къ вопросу о включеніи въ гражданское уложеніе постановленій о торговыхъ сдѣлкахъ», стр. 10. *Идею самостоятельнаго торговаго права* защищаютъ («дуалисты») Goldschmidt, Gareis, Pappenheim Franchi, Vidari, Ceorg Cohn, въ цитиров. соч. (см. ссылки въ этомъ сочиненіи), затѣмъ, Adolfo Sacerdoti, Contro un codice unico delle obligazioni, Ulisse Menara, Contro un codice unico delle obligazioni. Изъ нашихъ коммерсіалистовъ: особенно Цитовичъ. Учебникъ, стр. 52, 53 (Кіевъ 1891), онъ же: «Право» за 1900 г., стр. 1964 и сл.; Пергаментъ, «Право», цит., стр. 984 и 1042; Θедоровъ: Введеніе въ курсъ торговаго права (Одесса, 1901), стр. 12 сл. Болѣе подробныя указанія на литературу см. у Menara, cit., а также у Удинцева, Исторія обособленія, стр. 105 сл., въ особенности 111.

15) Удинцевъ, Исторія обособленія, стр. 109.

16) На отсутствіи этой ligne de démarcation особенно настаивалъ профессоръ Lyon-Caen въ одной изъ моихъ личныхъ бесѣдъ съ нимъ.

17) Аргументы противъ самостоятельнаго значенія торговаго права: см. Шершеневичъ, Курсъ торговаго права (изд. 1899), стр. 8, 49, 50; Удинцевъ, Исторія обособленія, стр. 113; Объяснит. записка къ проекту гражд. улож., книга V, объ обязательствахъ, т. I, стр. III—XXXIV.

18) На этомъ особенно настаиваетъ Dernburg, Preuss. Privatrecht II, стр. 10.

19) Шершеневичъ, цит., стрр. 49, 36, 38. Удинцевъ, Исторія обособленія, стр. 68 сл.; сравни Пергаментъ, «Право», cit, стр. 987

20) Напр., Удинцевъ, Исторія обособленія, стр. 114.

21) Въ этотъ заколдованный кругъ попадаютъ составители проекта V-й кн. гр. ул., какъ на это указываетъ Удинцевъ, Исторія обособленія, стр. 124. Срвн. его брошюру: Къ вопросу о включеніи въ гражданское уложеніе...

22) Ограниченіе способности женщинъ ручаться возникло, какъ извѣстно, на почвѣ историческихъ традицій римскаго права.

23) Цитовичъ, Учебникъ, стр. 53, примѣчаніе 1-е.

Съ истинно-геніальною проницательностью Наполеонъ 1-ый, въ одномъ изъ засѣданій Conseil d'État, гдѣ обсуждалась вексельная правоспособность и указывалось на выгоды векселя, какъ орудія кредита, говоритъ, что именно эту легкость добыть деньги (помощью векселя) онъ считаетъ за великое несчастіе для большой массы гражданъ, незанимающейся торговлей; по его мнѣнію, этимъ путемъ гражданамъ будетъ предоставлено средство расточать свое имущество, и, собственно, некупцы рѣдко нуждаются въ выгодахъ векселя (перев. изъ Pérouse, Napoléon l-er et les lois civiles du Consulat et de l'Empire, стр. 301).

24) Срвн. Цитовичъ, «Право», cit, стр. 1968.

25) Уже одинъ списокъ тѣхъ странъ, которыя до сихъ поръ твердо держатся системы дуализма въ частномъ правѣ (см. Цитовичъ, «Право», cit., стр. 1964-ая), примѣръ Германіи, отнесшейся съ крайнею осторожностью къ вопросу объ «объединеніи частноправовыхъ системъ» и сохранившей самостоятельное торговое уложеніе, должны были-бы заставить нашихъ составителей проекта призадуматься надъ предполагаемымъ новшествомъ.

Профессоръ Удинцевъ какъ-будто полагаетъ (стр. 9, 10, «Къ вопросу о включеніи», стр. 121, 122, 143, 157, «Исторія обособленія»), что признаніе самостоятельнаго торговаго права противно соціальной на него точкѣ зрѣнія, что вслѣдствіе «лож-

ной презумпціи о принципіальныхъ особенностяхъ торговаго права оно проникнуто было индивидуалистическими тенденціями». Намъ думается, что соціальная точка зрѣнія на гражданское и торговое право не находится ни въ какой связи съ вопросомъ о признаніи за торговымъ правомъ самостоятельнаго характера. Рѣчь идетъ только о разныхъ началахъ экономической и законодательной политики, которыми могутъ быть проникнуты и гражданское и торговое право. И въ торговомъ правѣ, построенномъ на соціальныхъ началахъ, найдется достаточно особенностей, которыя сдѣлаютъ цѣлесообразнымъ признаніе за нимъ самостоятельнаго значенія.

